

AMERİKAN MEDENİ USÛL HUKUKUNUN TEMEL KARAKTERİ ve MEZİYETLERİ *

Prof. Maurice ROSENBERG

Çeviren : *Dr. Bilge UMAR*

Amerikan Medenî Usûl Hukuku, temel vasıflarının ve meziyetlerinin tâyin edilmesi amacı ile uzaktan incelendiğinde, en önce ortaya çıkan bir problem, özü teşkil eden unsurları, göze çarpan ilgi çekici fakat daha az önem taşıyan teferruat kisvesinden ayırt etmektir.

Meselâ, memleketimde kullanılmasına pek alışılmış olan ve hukuk dâvalarının yüzde sekseninde görülen *Petit Jury* müessesesini ele alalım¹. Acaba jury'li muhakeme usulü, bunun isbat hukukundaki ve usul'ün tatbikindeki çeşitli etkileri nazara alınarak Amerikan Medenî Usûl Hukukunun temel unsurlarından biri mi sayılacaktır, yoksa ilgi çekici, önemli, fakat temel unsur mahiyetinde sayılamayacak bir hususiyet mi telâkki edilecektir?

Yahut, avukatın dâva için hazırlık faaliyetinin bir kısmını teşkil eden ve son zamanlarda inkişaf etmiş bulunan bir müesseseyi, delil ve emarelerin bulunması amacını güden, iyice işlenmiş, müessir «dâva öncesi araştırma» müessesesini ele alalım. Acaba «dâva öncesi araştırma» müessesesi, sistem'in hayatî önem taşıyan bir unsur olarak vasıflandırılabilir mi?

Şüphesiz, tasnifte az - çok indîlik bulunacaktır; ben de Amerikan Medenî Usûl Hukukunun hangi özelliklerinin hayatî veya temel unsur olduğu, hangilerinin böyle olmadığı konusunda bir hayli derin düşünceye daldıktan sonra bunu bıraktım ve sadece, bizim sistemimize hayatîyet ve temayüz kazandırdıklarını sandığım altı hususu seçmekle yetindim. Bu vasıfların bir kısmı, bizim sistemimizi meselâ hukuku kanunlaştırılmış olan memleketlerin sistemin-

* Hukuk Fakültesinde 5 Nisan 1963 Cuma günü saat 10.00 da verilen konferansın metnidir. Dipnotları, Türkçeye çeviren tarafından ilâve edilmiştir.

1) *Petit Jury*, davada nihai kararı veren 12 kişilik jüridir.

den ayırmağa yarar. Hukuku kanunlaştırılmış olan memleketlerde, örf ve âdet hukukuna dayanan memleketlerde olduğunun aksine, dâva hiçbir zaman maddî hukukun tariflerinde bir unsur sayılmamıştır. *Cardozo*'nun söylediği gibi, İngiltere ve Amerika'da, dâva taraflarının hasis münakaşaları büyük ve parlak gerçeklerin teşkiline yarayan malzemedir. Hukuku kanunlaştırılmış memleketlerde ise bu parlak hakikatler kanun tarafından açıklanmıştır ve bunun için de, kanunun, mahkeme içtihadlarının yardımına ihtiyacı yoktur. Şu hale göre, benim memleketimde davaların yürütülmesi hakkındaki kaidelerin sadece derdest olan müşahhas ihtilâfı düzene sokmak amacını gütmeyip bundan çok daha önemli amaçlara da hizmet ettiğini göz önünde tutmak suretiyle, Amerikan Medenî Usûl Hukukunun bazı olağan üstü önem taşıyan özelliklerinin incelenmesine başlayabiliriz.

Müsaadenizle, Amerika Birleşik Devletlerinde 51 Medenî Usûl sistemi olduğunu hatırlatayım : 50 federe devletten her birinin ayrı bir sistemi ve bir de federal mahkemelere mahsus bir sistem vardır. Aşikârdır ki bunların en önemlisi Federal Usûl Kanunu'dur ve bu önem iki sebepten doğar; Önce; bizzat federal mahkemeler milletin en önemli mahkemeleridir; sonra, Federal Usûl Kanunu'nun 1938 de yürürlüğe girmesinden bu yana geçen çeyrek yüzyıl içinde bu kanundaki kaideler, federe devletlerin yarısından fazlasında istinaf mahkemelerinde uygulanan usul'e örnek teşkil etmişlerdir. Federe devletlerin diğer yarısındaki sistemler, federal usul'ün özelliğini teşkil eden unsurları, muhtelif nisbetlerde ihmal ederek benimserler.

Şimdi, ileride inceliyeceğim hususların neler olduğuna işaret ediyorum :

1 — Birleşik Devletlerde mahkemeler hukukî ihtilâfların çözülmesi konusunda başlıca devlet organı olmakla beraber, bunlar diğer organlara karşı tamamen hasrî bir yetkiye sahip değildir. Üstelik, mahkemelerin kaza hakkını kullanma yetkilerine, hatta bu yetkinin genel olarak şâmil bulunduğu alanda bile sınırlar konmuştur. Bu yüzden, inceleyeceğimiz ilk mes'ele şu olmalıdır : Hangi çeşit ihtilâfların halli mahkemelere ve hangilerinininki diğer organlara - bunlardan yalnız birine hasrî yetki verilerek veya ikisine birden yetki verilerek - bırakılmıştır? Ayrıca, çözümü mahkemeye bırakılan ihtilâfların hangileri şu veya bu sebep dolayısıyla istisnaî ola-

rak mahkemelere arzedilemez sayılmıştır? Bunların cevabı bize mahkemelerin diğer devlet organları karşısındaki statüsü hakkında bilgi verecek ve toplumun, mahkemelerin faaliyeti hususunda ne düşündüğünü gösterecektir.

2 — Mahkemelerin kazâî yetkisine giren bir ihtilâf söz konusu oldukta, vatandaş bu ihtilâfı mahkemeye arz etmek hususunda teşvik mi edilmektedir, yoksa kaideler gereğince veya müesseselerin düzenlenme tarzlarının ortaya koyduğu icaplar dolayısıyla mevcut bulunan, doğrudan doğruya veya dolayısıyla karşılaşılabilecek müeyyideler onu bundan, cesaretini kırarak alıkoymakta mıdır? Burada avukata başvurma imkânlarından ve muhakeme masraflarının seviyesinden bahsedeceğiz.

3 — Acaba sistem, maddî hukukun kendisine hak verdiği bir kimsenin esasla ilgili olmayan bir kusur yüzünden davayı kaybetmesine ne dereceye kadar sebep olabilmektedir? (Böyle bir hal, eğer sistem bizzat o sistemin mükemmel tarzda yürümesini sağlamak amacı ile konmuş usûl düzeni kaidelerine riayet edilmesinde pek kuvvetli bir ısrar gösteriyorsa, vâki olabilir).

4 — Eğer alt kademe mahkemesinin kararı hatalı ise bu hâta istinaf önündeki prosedür sırasında kolayca düzeltilebilmekte midir, yoksa istinaf önündeki prosedür mâniâlarla dolu olup nâdiren mi işe yarıyabilmektedir? (Bu mes'ele istinafta yeniden gözden geçirmenin câiz olup olmadığı ve eğer câizse şümûlünün ne olduğu konusu ile ilgilidir).

5 — Vatandaşlar mahkemenin nihaî kararı verme faaliyetine ne dereceye kadar katılabilmektedirler? (Burada jürinin rolünü ve davanın yürütülmesi üzerindeki etkisini inceliyeceğiz).

6 — Kaideler, bizzat tarafların veya bunların temsilcilerinin mukabil isticvap yapmasına² müsaade etmekte midir? (Bu mes'ele Amerikan sisteminde dâva usulünün özüdür, çünkü birçok dâvaların âkıbeti vâkıalar üzerindeki ihtilâfın haline bağlıdır).

Şurasını belirtmek gerektir ki, incelemeyi bu noktalara hasretmem, bunların önem taşıyan yegâne hususlar olduğunu zımnen dahi söylemek anlamına gelmez. Bunlardan başka birçokları da akla geliyor. Meselâ :

2) Yâni, hasmı veya hasmın şahitlerini sorguya çekmesine.

a) Acaba mahkemeler, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesinin yaptığı gibi, usul kaidelerinin yaratılmasına doğrudan doğruya iştirak etmekte midirler, yoksa bu kaidelerin konması sadece kanun koyucunun işi midir?

b) Usulî muamelelerin yapılmasında, delillerin ikamesinde ve dâvanın yürütülmesinde hâkim ile avukatların karşılıklı rolleri nedir?

c) Vakıalarla ilgili bulunan ve çeşitli sonuçları olan mes'eleler ile hukukî mes'eleler arasında keskin bir ayırma yapılmakta mıdır? Meselâ dâvanın ilk kademe mahkemesine arz edilmesi tarzı ile istinafta gözden geçirilmesi tarzı arasında böyle bir ayırma var mıdır?

d) Birbirine bağlı bir soru grubu daha : vâkıalar hakkında karar verilmesi vâkıaların bütün için özel ve bir tek celsede mi, yoksa aralıklı celselerde mi vâki olacaktır? Kaideten sözlü delil mi, yazılı delil mi câizdir? Deliller isbat kuvvetleri bakımından serbest olarak mı takdir edilirler, yoksa bunların şekil ve kaynağına bağlı olarak önceden tesbit edilmiş farklı değerleri mi vardır?

e) Avukatlar dâva ile ilgili tahkikat için müessir vasitalardan faydalanarak sözlü, yazılı veya maddî deliller elde etmek hususunda büyük gayretler göstermekte midirler?

f) Hâkimler: nasıl yetiştirilirler, seçilirler, tâyin edilirler; bunların kendileriyle aynı hamurdan olan avukatlara karşı tutumu nedir?

Şüphesiz bu sonuncu mes'elelerden çoğu, daha önce ortaya koyduğumuz sorularla yakından ilgilidir. Şimdi bunlara, yâni daha önce ortaya koyduğumuz sorulara dönüyor ve bunları teker teker incelemeğe başlıyoruz :

1. Hangi hukukî ihtilâfların çözümü mahkemelerin kaza yetkisine dahil, hangilerinininki değildir?

Bu sorunun cevabı, bütün devlet mekanizması içinde mahkemelerin rolü hakkında toplumun hangi telâkkiye sahip bulunduğu konusunu aydınlatır. Aynı zamanda, bu sorunun cevabı, sistem'in bütün diğer özelliklerinin anlaşılması için bir ip ucu teşkil edebilir.

Şurası emniyetle söylenebilir ki Birleşik Devletlerde mahkemelerin büyük gücü ve pek itibarlı mevkiî vardır. Gerçekten bu husus, meselâ okullarda ırk ayırımının kaldırılması konusundaki 1954 ta-

rihli karar dolayısıyla olduğu gibi, Amerikan toplumunda birçok sessiz devrimler yapmağa muktedir olmuş bulunan federal mahkemeler bakımından bilhassa doğrudur. Fakat bu kudretlerine rağmen mahkemelerin yetkisi sınırlıdır. Bunlar, bazı hukukî ihtilâflar için, karar verme yetkisini diğer devlet organları ile paylaşırlar; meselâ idarî organlar, radyo veya televizyon kanallarına ve uçakların rotasına taallûk eden ihtilâflarda karar verir, tröst aleyhtarı kanunların veya yiyecek ve ilâçların tağşişini önleyen kanunların v.s. uygulanmasını sağlar. Bu hallerde mahkemenin yetkisi pek keskin tarzda sınırlanmıştır. Hatta bâzı çeşit işlerde, meselâ iş ihtilâfları ile ilgili ihtiyatî tedbir mahiyetindeki emirlerin (labour injunction) verilmesi konusunda, mahkeme yetkiden tamamen mahrum kılınmış olabilir. Bazan taraflar da mahkemenin vazifesizliğini kararlaştırabilirler; meselâ bir tahkim mukavelesi ile müstakbel ihtilâflarının çözümü için yegâne yolu tâyin edebilirler.

Hatta normal olarak mahkemenin kazâî yetki sahasına giren mes'elelerde, federal mahkemelerin yetkisinin «dinlenme kaabiliyeti» kavramı ile sınırlandırıldığı vâkidir. Mahkemelerin iktidarının bu yolda sınırlanması anayasa hukukundan gelir. Birleşik Devletler Anayasasının III. maddesinde, Birleşik Devletlerin kazâî kuvvetinin «dâvalar» a ve «nizalar» a şâmil olduğu beyan edilmektedir. Bu kelimeler, tarafların gerçek hasımlar olarak birbiri karşısına çıkmış olması gerektiği; taraflardan her birinin o mes'eledede husumet için bir hukukî menfaate sahip olması gerektiği; ihtilâfın yeteri kadar kristalize edilmiş bulunması gerektiği; ve hâdiselerin yürüyüşü sebebiyle bu ihtilâfın sırf lâfzî ve akademik kalmamış olması gerektiği tarzında yorumlanmıştır. Eğer bu şartlar gerçekleşmişse ihtilâfın dinlenme kaabiliyeti vardır.

Sözünü ettiğimiz şu ölçüler muvacehesinde «ahbap işi» dâvaların, yâni gerçekte bir menfaat ihtilâfını tazammun etmeyen, taraflardan sadece birinin muhakeme masraflarını ödemediği ve hatta diğer tarafın da avukat ücretini ödemediği davaların dinlenme kaabiliyeti yoktur. Meselâ İkinci Dünya Savaşı sırasında kira ücreti tahditleri yürürlükte iken aç gözlü bir mal sahibi, kendi kiracısına «malsahibim kira ücreti tahditlerine riayet etmedi» diye bir dâva açtırarak dâva sırasında, bu kira ücreti tahditlerinin Anayasaya aykırılığını öne sürdü. Kiracının avukatını malsahibi tutmuş ve ücretini de o ödemişti. Birleşik Devletler makamlarının dâvaya müdahale etmesi ve bu dâvanın «ahbap işi» vasfını itiraz olarak öne sürmesi üzerine Yüksek Mahkeme davayı reddetti. Yüksek Mahkeme

belirtti ki, kazâî mercide «... hasım sıfatıyla dürüst ve gerçeğe uygun olarak hak dermeyan edilmesi» ... «kazâî usulün bütünü için varlığı zarurî bir unsurdur». Menfaat ihtilâfının zaruriliği konusundaki bu ısrar, Amerikan sisteminin esaslı bir vasfıdır.

Keza, halktan birinin vergi ödeyen bir fert sıfatı ile, doğum esnasında ölme nisbetini azaltmak için yapılan masraflar yüzünden âmme servetinin kanun koyucu tarafından israf edildiği iddiasını öne sürerek açtığı dâvanın dinlenme kaabiliyeti yoktur. Böyle bir dâva, dâvacının dâva hakkının yokluğundan dolayı reddedilmiştir. Buna karşılık, özel bir okul tarafından, çocuklarını devlet okullarına göndersinler diye velilerin zorlanmasını önlemek için açtığı bir dâva, dâva hakkının varlığı kabul edilerek, dinlenebilir sayılmıştır.

Bunun gibi, ihtilâfın sonradan akademik kalması halinde de dâva dinlenme kaabiliyetini kaybeder. Meselâ, farzedelim ki, bir siyasî aday, seçim kampanyası sırasında kendi reklâmını yapan afişlerin asılmasına engel olan zabitanın bu davranışının önlenmesi için dâva açmış olsun. Bu dâva, aleyhte bir karar üzerine istinafa arz edilmiş fakat henüz sonuçlanmamış iken seçimler yapılırsa, istinaf mahkemesi muhtemelen dâvayı lüzumsuzluğu sebebiyle reddedecektir; çünkü artık, seçim kampanyası sırasında o adayın afişlerini asmaya hakkı olup olmadığını tesbit etmekte fayda yoktur.

Acaba bir teşriî veya kazâî makam, hukukî bakımdan mes'ele şüpheli olduğu takdirde mahkemeye müracaat ederek kendisinin belli bir tarzda davranmaya yetkisinin olup olmadığı konusunda karar verilmesini isteyebilir mi? Hayır, çünkü federal mahkemelere «istişarî mahiyette kanaat bildirilmesi» - bunlara böyle deniyor - için yapılan bir müracaat, Anayasa Hukukunun kastedtiği anlamda bir dâva veya bir niza sayılamaz; böyle bir müracaatın dinlenme kaabiliyeti yoktur.

Dinlenme kaabiliyeti mes'elesinde en sık rastlanan problem tesbit dâvaları dolayısıyla ortaya çıkar ve nizam kâfi derecede «kristalize» olmuş bulunup bulunmadığı; nazarı değil de, dinlenme kaabiliyeti olacak kadar, yeteri derecede aktüel olup olmadığı hususunda verilecek kararlar ilgilidir. Şu örneği ele alalım : bir kimse hayat sigortası yaptırmıştır ve bu hayat sigortası poliçesinin bir maddesine göre, kendisi çalışma kaabiliyetini tamamen kaybettiği takdirde sigorta şirketi bundan sonraki prim alacaklarından vazgeçmiş sayılacaktır. Bu adam öldükten sonra karısı sigorta şirketini dâva ediyor, kendisine periyodik bir gelir bağlanmasını istiyor ve her ne kadar kocası son senelerinde sigorta primi ödemiş idi

ise de, bu son senelerinde çalışma kaabiliyetini tamamen kaybetmiş olduğunu, halbuki bizzat sigorta poliçesinin özel maddesi gereğince, böyle bir hal vukuunda onun prim ödemek borcundan kurtulmuş bulunduğunu iddia ediyor. Eğer sigorta şirketi dâvacı dul'un «çalışma kaabiliyetinin tamamen kaybı» konusundaki iddiasına itiraz ederse bu takdirde şüphesiz dinlenme kaabiliyetini haiz bir ihtilâf karşısında bulunulur ve bir tesbit hükmünün verilmesi lâzımdır.

Şimdi, ele aldığımız örneği şöylece değiştirelim : farzedelim ki, bu ihtilâfın ortaya çıkması ölümden sonraya kalmadı; çalışma kaabiliyetini kaybeden koca bunu «çalışma kaabiliyetinin tamamen ve daimî olarak kaybı» diye vasıflandırarak durumu sigorta şirketine yazı ile bildirdi. Eğer şirket çalışma kaabiliyetinin kaybını muvakkat sayar ve bunun sigortalıyı prim ödeme borcundan kurtardığını kabul etmezse, ve bunun üzerine sigortalı mahkemeye başvurarak kendisinin sigorta poliçesinde kastedilen anlamda, çalışma kaabiliyetini tamamen kaybettiğinin tesbit edilmesi için dâva açarsa ne olacak? Böyle bir dâva gerçekten zuhur etmiş ve Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi 1937 de, ihtilâfın yeter derecede kristalize olmuş bulunduğunu ve dinlenme kaabiliyetinin olduğunu kabul etmiştir.

Nihayet, farzedelim ki sigortalı henüz çalışma kaabiliyetini kaybetmemiş iken bir gün sigorta poliçesini okuduğu sırada farketmiştir ki mukavelenin lâfzına göre kendisinin bir kaza sonucu olarak çalışma kaabiliyetini kaybetmesi halinde prim ödeme borcundan kurtulacağı açıkça anlaşıldığı halde, eğer çalışma kaabiliyetini hastalık dolayısıyla kaybederse sonucun aynı olup olmayacağı müphem kalmaktadır. Eğer o, şirkete mektuplar yazarak çalışma kaabiliyetinin kaybı halinde prim ödemek borcunun düşeceği esasının kaza faraziyesi için olduğu gibi hastalık faraziyesi için de câri bulunduğunu iddia eder ve şirket buna itiraz ederse, acaba bu konuda açılacak dâva mahkeme tarafından dinlenme kaabiliyeti vardır denecek kadar olgun ve kristalize sayılacak mıdır? Burada, bir federal mahkemenin hakkın tesbiti konusunda karar vermeyi kabul edeceği hususunda ciddi şüphe duyulmalıdır. Bu faraziyyede, gerçekten kaza hakkının kullanılmasından ziyade, mücerret mütalâa beyan edilmesi icap ederdi; çünkü meş'um ihtimalin³⁾ ileride gerçekleşeceği pek şüphelidir. Başka bir deyişle, istenen bir istişarî mütâ-

3) Yâni, kaza veya hastalık sonucu olarak çalışma kabiliyetinin tamamıyla kaybedilmesi ihtimalinin.

lâa olur ve federal mahkemeler bunu yapmaktan içtinap etmektedirler.

Dinlenme kaabiliyeti konusundaki bu kısa incelemenin amacı, Amerikan usul sisteminde mahkemelerin taraflarca kendilerine arzedilen ihtilâfların hepsini görmeye, hatta bu ihtilâflar hayat sigortası mukavelelerine ve malsahibi - kiracı çatışmalarına taallûk edenler gibi hâkimlerin sık sık karşılaştıkları cinsten olsalar bile, daima yetkili olmadıklarını size gösterebilmek idi. Bu kavramın hayatîyeti, Amerikan usulünde, «mücerret ilgi çekici olmayıp pratik önem taşıyan aktif bir ihtilâf dolayısıyla hasım olarak karşı karşıya gelinmiş olması» lüzumunun önemine işaret eder.

2. Mahkemelere müracaat etmek teşvik edilmekte midir, yoksa elverişsiz, malî bakımdan tehlikeli veya diğer bir surette cazibeden mahrum mu kılınmıştır?

Amerikan mahkeme salonlarının kapıları, açıkça belirtilmemiş olmakla beraber bence yanılmadan tâyini mümkün bir sebebin sonucu olarak, yâni ihtilâflı tarafların gayet serbestçe girmesi için, başka yerde emsalî görülmemiş derecede açık bulunmaktadır. İngiltere'de ve Wales'de (Gal'de) bulunan 16.000 dâva vekili⁴ ve 18.000 avukata, ki, bu her 2.700 kişiye bir tane demektir, karşılık olarak Amerika'da son sayımda 280.000 den fazla avukat vardı ki, bu her 660 kişiye bir avukat anlamına gelir. Binaenaleyh İngiltere'de bulunabilecek her avukata karşılık Birleşik Devletler'de dörtten fazla avukat bulunabilir ve halk şaşılacak kalabalıklar hâlinde mahkemeleri doldurmak suretiyle hukukî bilgi sahiplerinin bu bolluğundan yararlanmaktadır. Hukuk dâvalarının çoğunluğunu haksız fiil dâvaları teşkil eder - bilhassa otomobil çarpışmalarından veya çarpmalarından doğan dâvalar - ; bunların yanısıra, imâl edilmiş malın ayıbından doğan dâvalar ve düşmeye yahut yıkılmaya sebebiyet verme dâvaları da yer alır (bu en sonuncular içinde kar ve buz dâvaları denen bir kategori vardır ki, bunlar muhtemelen bu memlekette salgın denecek bir mikdara ulaşmamaktadır).

Müessir olan ikinci âmil, mahkûmunbîh üzerinden, belli bir nisbeti, kazanan taraf avukatının alacağı tarzında yapılan nisbî ücreti vekâlet anlaşmalarıdır. Bu, İngiltere'de ve birçok başka ülkelerde

4) *Solicitor* : Hukuk müşaviri. Bunun ancak küçük mahkemelerde tarafları temsil yetkisi vardır.

kanun dışı olmakla beraber Birleşik Devletlerin hukuk tatbikatında câiz bulunuyor. Bir kazadan dolayı mağdur olan kimse, önemli sayılacak bir masraf ihtiyar etmeden⁵ ve bu masrafı yüklenmek tehlikesini göze almadan⁶ avukat tutabilir ve dâva açabilir, çünkü muhakeme masrafları cüz'îdir ve tuttuğu avukat, hizmetinin karşılığının, elde edilecek tazminatın bir yüzdesi üzerinden ödenmesine razı olacaktır. Nisbet mutad olarak üçte birdir, fakat önemsiz dâvalarda yüzde elliye kadar yükselir. İncelemeler göstermiştir ki, avukat zamanını ve emeğini harcarken bir tehlikeyi göze almış değildir, çünkü avukatların yürüttüğü dâvaların yüzde doksanında bir miktar para elde edilebilmiştir. Gerçekten, Columbia Üniversitesinin «Müessir tarzda adalet tevzii» projesi gereğince esaslı bir araştırmanın yapıldığı New York şehrinde bu nisbetin yüzde 92-93 olduğu görülmektedir. Bu demektir ki, tazminat isteyen kimseler, açtıkları dâvalarda yüzde 7 ilâ 8 hariç, daima birşey elde edebilmektedirler.

Şunu söylemek yerinde olur sanıyorum : Birleşik Devletlerde dâva tarafının yaptığı asıl masraf zamanından ve rahatından yaptığı harcamadır ve böyle bir müeyyide pek çok vatandaşı dâva açmaktan veya müdafaada bulunmaktan alıkoymamaktadır. (Bu arada şunu da söyleyelim ki, dâvaların yüzde 80 ilâ 90'ı, muhakeme safhası başlamadan sulh yolu ile halledilmektedir). Böyle bir durum, başlangıçta gerçekten arzu edilmiş olmasa bile neticede buna yeter derecede memnuniyetle katlanılmaktadır, çünkü mahkemeleri sel basar gibi istilâ eden hukuk dâvaları kalabalığının sayısını azaltmak için dâva masraflarını yükseltmek yolunda yapılan birçok teklifler hiçbir sonuca ulaşmamıştır.

Üstelik, bilhassa ceza işlerinde, avukat ücretini verecek parası olmayan müvekkiller için bedava hukukî yardım, gittikçe artan nisbette, elde edilebilmektedir.

Anlattıklarımızdan şimdiye kadar anlaşılmış olmalıdır ki, Birleşik Devletlerde hukukî ihtilâflar için başlıca, fakat hasrî olmayan yetki mahkemelere verilmiştir ve bu yetki, dinlenme kaabiliyetinin

5) Konferansı veren Prof. *Rosenberg*, bir soru üzerine, Birleşik Devletlerde dava harcının söz konusu olmadığını yani harç alınmadığını açıkça belirtmiştir.

6) Çünkü, biraz sonra belirtileceği gibi, kaybeden tarafın, hasım avukatla temsil edilmiş idiyse ücreti vekâlete mahkûm edileceği esaslı Birleşik Devletlerde yürümektedir.

olması gerektiği tarzında bilhassa kayda değer bir sınırlamaya konu teşkil etmektedir; keza, mahkemelerin vatandaşlar tarafından serbestçe kullanılması amacı güdülmektedir.

3. Sistem, maddî hukukun kendisine hak verdiği bir kimsenin esasla ilgili olmayan bir kusur yüzünden davayı kaybetmesini ne dereceye kadar mümkün kılmaktadır?

Önce, «maddî hukukun verdiği hak» ile neyi kastediyoruz? Geniş olarak, maddî hukuk, kendi ekonomik, siyasî ve sosyal işlerinde fertlerin tavırlarını ve bağlantılarını düzenlemek için devletin ihdas ettiği hukukî normlardan teşekkül eder. Yâni maddî hukuk şahıs ile şahıs arasında veya şahısla devlet arasında münasebetlerin ve statülerin tazammun ettiği hakları ve vazifeleri tâyin eder. Öyleyse, maddî hukuk kaidelerinin esas itibariyle fertlerin bir hukukî nizaâ karışmadan önce ne yapmaları gerektiğini tâyin ettiğini söylersek, diyebiliriz ki, buna karşılık olarak usul kaideleri de fertlerin s o n r a d a n ne yapmaları gerektiğini tâyin eder, başka bir deyişle nizam nasıl yürütüleceğini tâyin eder. İki sistemin karşılıklı ilişkisi nasıldır?

Bütün usul sistemlerinin müşterek hedefi hukukî ihtilâfların «âdil» çözümüne ulaşılmasını sağlamaktır. Bunun mutad anlamı, tatbikatta, vâkıalar belli olur olmaz, maddî hukukun kendisine hak verdiği kimseyi iltizam etmektir⁷⁾. Fakat bu demek değildir ki her müşahhas mes'elede mutlaka maddî hukukun kendisine hak verdiği taraf zafere ulaşır.

Çünkü hernekadar adaletin araştırılmasına önem verilmesi temel mâhiyette bir değer, bütün medenî cemiyetlerin istediği bir değer ise de, kendilerine hizmet edilmesi gereken başka sosyal değerler de vardır. Adaletin umumîliği - yâni bütün topluluk için adaletin sağlanması - da, usul sistemlerinde geliştirilmek gerekir. Bazan adaletin umumîliği ancak müşahhas hâdiselerde adaletin sağlanmasından vazgeçmek suretiyle elde edilebilir; çünkü, görmüş olduğumuz gibi usul sistemleri müşahhas hâdisede âdil sonuçlar sağlamaktan daha başka değerlere de hizmet ederler.

Şu örneği ele alalım : cemiyet, esas bakımından haklı olan kimsenin aşırı derecede uzun bir süre geçtikten sonra açtığı dâvayı kazanmasındansa, dâvaların belli bir süre içinde açılmasını daha

7) Yâni, davayı onun lehine sonuçlandırmaktır.

önemli sayar. Bu gibi süre tahdidi kaidelerinin temelini teşkil eden huzur siyaseti keza kesin hükme dayanarak savunmada bulunmak imkânının da gerekçesini teşkil eder; şöyle ki, bu savunma imkânının temeli, bir mes'ele nihai olarak karara bağlandıktan sonra, hat-ta bu karar yanlış olsa bile, cemiyette huzur'un, o hâdisedeki iddiaları ve delilleri yeniden gözden geçirerek daha doğru bir sonuca varılmasına nisbetle daha fazla önem taşıyan bir değer arzettiği kaziyesidir.

Zannediyorum ki bütün hukuk sistemleri, daha önce karara bağlanmış bulunan dâva ve ihtilâfların her zaman yenilenebilmesine engel olan bu kaideleri tanırlar ve tatbik ederler. Bunu yaparken de, böylece reddedilen iddianın esas bakımından haklı olmasına önem vermezler.

Bir avukat dâvanın yürütülmesinde hâta yaptığı takdirde, maddî hukuk ile usul düzeni arasında zuhur eden çatışmanın daha vahim halleri pek sık surette ortaya çıkar. Bu takdirde söz konusu olan mes'ele, sistemin düzenli tarzda işlemesi ihtiyacı karşısında, gerektiği tarzda arzedilmemiş hakların feda mı edileceğidir. Meselâ, pek sık olarak rastlandığı üzere, dâvacının dâvada kendi neticei talebini dâva dilekçesinde öne sürülmemiş maddî vâkıalara veya hukukî sebebe istinad ettirmesi vâki olmaktadır. Bir zamanlar emsal hukuku, istem ile vâkıa malzemesi ve deliller arasındaki bu çeşit bir ayrılığı can alıcı önemde ve düzeltilemez sayardı. Maa-mafih, yüz yıldan fazla bir zamandan beri tatbikatın temayülü, iddianın neticede kararın maddî hukuka uygun surette verilmesini sağlamak için, serbestçe değiştirilmesine imkân verilmesi tarzındadır. Aşikârdır ki sistemin maddî hukuka uygun karar verilmesini sağlamak gayreti sebebiyle iddianın kolayca değiştirilmesine ve avukatın hatalarının serbestçe düzeltilmesine imkân verdiği nisbet-te, ihmal edilmesine müsamaha edilmiş kaidelere duyulan saygı zayıflar.

Bu problemi ortaya koymak için en elverişli bir örnek, genç olduğunu farzedebileceğimiz bir kadının bir sinemacılık kralına karşı, akdin yüklediği borçların ihlâli sebebine dayanan oldukça dokunaklı iddialar öne sürdüğü Manning - Loew dâvasıdır. Kadının iddiasına göre, kendisi Miami'de garsonluk yapmaktayken dâvalı ile karşılaşmıştı ve yine kendi iddiasına göre dâvalı ona şöyle bir vaadde bulunmuştu : «Eğer daima bana refakat etmeyi, yanımda ve hizmetimde bulunmayı kabul ve kendini sadece bu işe vakfeder-sen; talep ettiğim her yerde arzularımı yerine getirirsen seni

sinemacılık işlerine sokacağım, bir deneme filmi çevirdikten sonra da kendi filmimde yıldız olarak oynatacağım». Maamafih kadının muhakeme sırasında verdiği ifadeye göre dâvalı bu sinema artisti yapmak v.s. vaadi için kendisinin ona «bir kız evlât gibi yakın olması, onun evinde ve yolculuklarında yanında bulunması, ona hem bir yol arkadaşı hem bir kız evlât olması» nı istemişti. Mahkeme, dâvalıya kız evlât gibi yakın olmaktan hiç bahsetmeyen ve bilâkis başka şeyler imâ eden dâva dilekçesindeki iddia ile, varlığı öne sürülen vaadin b a b a c a mâhiyetini belirten muhakeme sırasındaki ifade arasında bulunan ayrılığı, dâvanın kaybına sebep olacak şekilde bir ayrılık olarak gördü. Mahkemenin verdiği karar kadının aleyhine oldu.

Mutad olarak yeni bir iddia veya müdafaaanın gecikmiş olarak öne sürülebilip sürülemediğini belli eden kriteriyum şöyle ifade edilebilir : yeni iddia veya savunmanın öne sürülmesine cevaz vermek, diğer tarafı zarara uğratacak mıdır? Burada zarar sözü ile kastedilen şudur : diğer taraf bu takdirde, eğer iddia veya savunma usul kaidelerinin istediği zaman ve tarzda usulünce arzedilmiş olsa idi içinde bulunacağı duruma nisbetle daha kötü bir duruma mı düşecektir? Eğer diğer tarafın düşeceği uygunsuz durumu bir tâlik kararının verilmesi, istek üzerine masrafların ödenmesi veya buna benzer tedbirlerle bertaraf etmek mümkün olmuyorsa yapılmasına kalkışılan değişiklik reddedilecektir. Fakat eğer zarar doğmıyacaksa veya giderilebilecekse değişikliğe izin verilecektir. Kabul mazhar olan bu görüşe nazaran dâva öncesi safhalarda avukatın yaptığı atlamalar serbestçe düzeltilenmektedir.

Fakat yapılan yanlışlık karar verinceye kadar farkedilmemiş olup da ancak bundan sonra, dâvayı kaybetmiş olan taraf yeni deliller bulduğu gerekçesiyle dâvanın yeniden görülmesini isterse ne olacak? Bir haksız fiil dâvasında dâvalının, ihmâl suretiyle dâvacının belkemiğini sakatlamaktan dolayı ağır bir tazminata mahkûm edilmiş olduğunu ve birkaç hafta sonra dâvalının avukatının, belkemiğindeki sakatlığın dâvaya yol açan kazadan önce husule geldiğini gösteren inandırıcı deliller elde etmiş bulunduğunu farzedin. Yine farzedin ki avukat, eğer mesleğinin iktiza ettirdiği normal ihtimamı sarfetmiş olsa idi bu yeni delilleri daha önce öğrenebilecekti. Bu örnekte, hernekadar avukatın müvekkili kusursuz ise de avukatın hatası mazur görülmemektedir. Ele alınan bu hayalî hâdisede muhtemelen bir çare bulunmayacak ve mütad kriteriyum uygulandıktan sonra iade muhakemeye gidilemeyecektir, çünkü dâvalının avukatı gerekti-

ği gibi ihtimam gösterse idi o delilleri usulî hükümlere uygun surette zamanında ikame edebilecek idi.

Bu iki yönlü tavır - müvekkili avukatının hatasının sonucundan bazan kurtaran, bazan kurtaramayan çözüm - belki de kaçınılmazdır (gayrikaabil-i içtinab'tır). Hukukun iki büyük prensibinin birbiriyle çatıştığı her hâdisede - burada maddî hukuka uygun karar verilmek gerektiği prensibi usulü bir düzene sokmak zarureti ile çatışmaktadır — , vâkıalar bakımından birbirinden sadece pek az farklı durumlarda birbirine uymayan kararlar verilmektedir.

Mûtad olarak bir Amerikan mahkemesi, taraf'ı kendi avukatının hatası sebebiyle düştüğü kötü durumdan kurtarmak için bir çâre bulmağa uğraşacaktır; fakat usulî kaidelere riayet lûzumu daha ağır basarsa müvekkilin dâvası (o usulî kaideye riayet edilmemesi haline terettüb eden) müeyyideye maruz kalır.

4. Eğer bidayet mahkemesinin kararı hatalı ise bu hata, istinaftaki usul sırasında kolayca düzeltilebilmekte midir, yoksa istinaftaki usul müşküllerle dolu olup nadiren mi işe yarayabilmektedir?

Herhangi bir usul sisteminin önemli bir özelliği onun istinaf tetkikatına müsaade edip etmediği ve ediyorsa ne şümûlde müsaade ettiği konusundaki tutumudur. Şimdi, müsaadenizle Amerikan usul hukukunda istinaf tetkikatı ile ilgili en önemli vasıflardan ve kaidelerden birkaçını federal usul sistemi tarafından şekillendirilmiş olduğu üzere kısaca belirteyim.

i) Esas itibariyle istinaf tetkikatı fiilen tek kademelidir ve bu kademedede istinaf mahkemeleri (courts of appeal) bulunur. Her ne kadar en üst kademedede Yüksek Mahkeme (Supreme Court) var ise de, Yüksek Mahkeme ilk kademe mahkemelerine arzedilen 100.000 civarındaki dâvadan senede sadece birkaç yüzünü gözden geçirir.

ii) İstinaf mahkemeleri sadece nihai kararları gözden geçirirler; bunun sonucu şu olur ki nihai karardan önce verilen ara kararları, dâva sonucuna etkilerinin zayıflığı nisbetinde, fiilî bir husus sayılarak, arada kaynar gider.

iii) İstinaf mahkemeleri vâkıalarla ilgili mes'eleleri hukukî mes'elelere nisbetle çok daha sınırlı ölçüde gözden geçirir; fakat birincileri yine de - bilhassa jürisiz dâvalarda ve kararın istinad ettiği delillerin şifahî değil yazılı olduğu dâvalarda - gözden geçirir.

iv) İstinaf mahkemesi sadece delileri ve ilk kademe mahkemesinde yapılmış olup muhakeme zabıtnamesinde görünen beyanları gözden geçirir. Bu şu demektir ki, istinaf mahkemesine yeni delil ikamesi asla câiz değildir, ve istinaf mahkemesi önünde bir beyanın ilk defa olarak öne sürülmesine kaideten cevaz yoktur, keza istinaf mahkemesinin kararı, kanuna uygun surette tutulmuş ise, ilk kademe mahkemesinin zabıtlarına istinad etmelidir.

Bu vesileyle işaret etmeliyim ki hukuku kanunlaştırılmış olan memleketlerde ilk kademe mahkemelerinde kelimesi kelimesine zabıt tutulmayışı yâni stenografi ile kelimesi kelimesine bir zabıt tutulacak yerde ifadelerin hakim tarafından özetlenmiş şeklini tesbit eden bir zaptın tutuluşu, hukuku kanunlaştırılmış memleketlerin usul sistemi ile örf ve âdet hukuku memleketlerinin usul sistemi arasında en mânidar ayrılıklardan birini teşkil eder. Bana öyle geliyor ki Amerikan sistemi, zabtı kutsallaştırması sayesinde, istinaf mahkemesine dâvayı tarafların, birbirine karşı çıkan menfaatlerinin çatışması (yâni dâva) sırasında apaçık formüle ettikleri beyanlarına dayanarak halletmek hususunda daha büyük bir kudret verir. Hatırlıyacağınız gibi, sözünü ettiğimiz «menfaat çatışması» davanın dinlenme kabiliyetinin en esaslı bir unsurudur. Zapta adetâ tapma derecesine varan bu bağlılığın sonucu istinafta delillerin dikkatle incelenmesini mümkün kılmak ve avukatları muhakeme sırasında üstlerine düşeni yapmak hususunda azamî dikkate sevk etmek tarzında tezahür eder. İşte, Amerikalı avukatların muhakeme sırasındaki şiddetli itirazlarının sebebi budur.

v) Her yanılma istinafta hükmün nakzına yol açmaz. «Zararsız» sayılanlara önem verilmez - bununla söylenmek istenen şudur ki İstinaf mahkemesi bunların neticeye tesir edip etmedikleri konusunda kesinlikle tâyini mümkün olmayan bir ihtimaliyet derecesi ile kanaat eder. Bundan da, farkedeceğiniz üzere şu sonuç çıkar ki bizim sistemimizde usulün safhaları usulî kaidelerin kusursuz bir mükemmeliyetle tatbiki vesilesi sayılmaz, çünkü birçok hatalar, hattâ bunların varlığı kabul edildiği halde önem verilmeden geçilir.

Eğer Amerikan istinaf sisteminin ana vasıfları bunlar ise, onun temel değerleri ve amaçları konusunda bunlar bize ne ifade eder? Esas itibariyle, bunlar gösterirler ki, tarafların kolayca başvurabilmesi istenen ve maddî hukuka uygun karar verilmesi için duyulan büyük arzu dolayısıyla usul kaidelerinin ihmal edildiği ilk kademe mahkemelerinin aksine olarak, istinaf mahkemeleri kaide-

lere daha sıkı surette bağlıdır ve işleyişinde serbestlik daha azdır. Bunlar vâkıaları yeniden gözden geçirir ve bunu yaparken zabıtnâmeye dayanırlar. Fakat onların dikkati bilhassa zabtın gösterdiği, nihai karara etki edecek derecede önemli bulunan ve istinafa başvuran tarafa zabıtların ve vesikaların basılması için gereken ağır istinaf masraflarını göze aldırarak kadar ciddi bulunan hukuk hatalarına teksif edilmiştir.

Burada ilâve etmeliyim ki Amerika'da bidayet mahkemelerinin hemen hemen daima tek hâkimli (fakat tabii, mutad olarak bir jürinin de mevcut) olmasına karşılık istinaf mahkemelerinde 3 ten 9 a kadar hâkim bulunur. Bundan başka, istinaf mahkemesinde yazılı dilekçeler şifahi beyanlardan çok daha önemlidir, çünkü hemen hemen her hâdisede istinaf mahkemelerinin karar vermesi, hakimlerin dilekçeleri incelemesinden, zikredilen müellifleri okumasından, kendi aralarında istişare etmesinden ve kendi kanaatlerini yazılı olarak izhar etmesinden sonraya bırakılır.

Gerçekten Amerika'daki istinaf mahkemelerinden sâdır olan çok çok sayıdaki yazılı kanaatler, bu kanaatleri ihtiva eden mecmua ciltlerinden meydana gelen muazzam kütüphanelere sahip olmak mecburiyetinde bulunan hukuk mensuplarının birçoğu için, mikdarlarının çok büyük bir hızla artması yüzünden esaslı bir dert kaynağıdır. Emsal hukuku sistemine mensup bir ülkenin bir profesörü olarak söylemeliyim ki ben bu hususa önem veriyorum, çünkü bu kanaatler bir hocanın değirmenini ham maddesini teşkil ederler.

5. Vatandaşlar mahkemenin nihai kararı verme faaliyetine ne dereceye kadar katılabilmektedirler?

Birleşik devletlerde bunu sağlayan, cazip ve heyecan verici jüri müessesesidir. Jüri'ye düşen, vâkıalarla ilgili mes'eleler üzerinde karar vermek, meselâ muayyen bir konuda birbirine aykırı iki iddiadan hangisinin deliller muvacehesinde daha muhtemel olduğunu tâyin etmektir. Bununla beraber fiili çalışmasında jürinin böyle bir program takib etmediği (yani delileri nazara alarak karar vermediği); yazı tura attığı; tarafların biri ile şerefsizce uyduğu; ve kendi sempatilerinin ve hissî isteklerin tesiri altında kaldığı derecede olsun hakim talimatına ve hukukî delillere aldırış etmediği hususunda pek yaygın şüpheler vardır.

Ben bu suçlamaların herhangi birinin doğru olduğunu öne sürüyor değilim. Ne de jüri'nin analık ve sıcak sosisli sandviç gibi pırl pırl parlayan bir Amerikalılık sembolü olduğu iddiasıyla jüri lehine bir 4 Temmuz bayramı nutku irad ediyorum.

Fakat şunu söylemekle ne müsbet ne de menfi istikamette bir hataya düşmüş oluruz : Amerikan usul hukukunda jürinin müthiş tesiri olmuştur. Bu müessese bizi icmal ve teksif edilmiş devamlı bir muhakeme tarzını kabule zorlar ve bu muhakeme tarzına bir dram havası verir. Bir jüri seçmek, açılış beyanları yapmak, nihai münakaşalar yapmak, talimat vermek ve usul hatası yapıldığı ve talimat üzerine hüküm verildiği takdirde⁸ bir lâyiha sunmak v.s. gibi gereklilikler, aksi takdirde (yâni jüri olmasa idi) lüzumsuz bulunacak olan pek çok kaidelerin ortaya çıkmasına yol açar.

İsbat hukuku, hukukçu olmayan jüri üyelerini kabul şayan görülmemiş delillerden korumak için, çoğu yasaklayıcı mahiyette pek fazla özel hüküm ihtiva eder.

Hakimin fonksiyonu ile jürinin fonksiyonu arasındaki ayırım, vâkıa mes'eleleri ile hukukî mes'eleler arasında dikkatli bir ayırma yapılması gerekliliğine yol açar. Kesin bir ayırma yapılması mümkün olmadığı cihetle, neyin jüriye ait olduğu, neyin hakime düştüğünü tâyin konusunda kafa yormak bir çeşit çok oyalayıcı hukukî spor oyunudur. Jüri keza tarih yönünden ve (bizim de dahil olduğumuz) örf ve âdete dayanan İngiliz hukuk sistemimizin doğumu yönünden de bizi yakından ilgilendirmektedir; çünkü hem federal anayasamızda hem de Louisiana hariç bütün federe devletlerin hukukunda mevcut hükümler jüri'li yargılama usulünün geçmiş yüzyıllarda olduğu gibi mevcudiyetinin, ortadan kaldırılamıyacağını teminat altına almaktadır.

Buna ilâveten bizim, kararın ne olacağını tâyin için zar atmak ve o dört yol ağzının yahut civar havalinin nasıl olduğunu bizzat görmek üzere olayın geçtiği yere seyahat etmek gibi jürinin yapabileceği usul hatalarına karşı özel hükümlerimizin olması gereklidir. Şunu da söyleyeyim ki, hatta, jüri ve herkes bu çeşit sigortalara aşağı yukarı cihanşümûl tatbikatı olduğunu ve üstelik benim mensup olduğum federe devlette ve birkaç diğer federe devlette

8) Deliller yeterli olmadığı takdirde, hâkimin jüriye ne muhtevada bir hüküm verecekleri hususunda talimat verdiği ve bu talimat üzerine verilen hükümlere Directed Verdict (Güdümlü hüküm) dendiği, konferansı veren Prof. Rosenberg tarafından belirtilmiştir.

m e c b u r î bulunduğunu bildiği halde, dâvalının otomobil kazaları için mes'uliyet sigortası yaptırmış bulunduğunun dâvada zikredilmesini yasaklayan saçma kaideleri muhafaza etmekte ısrar etmişizdir.

Jürinin, jüri odasının kudsiyeti içinde, kendisine hâkim tarafından verilen hukukî talimata tam bir hürmet göstermediği hususunda yaygın şüphe vardır. Bu, daha da fazla kaideler ihdasına - hepsi de jüriyi tıpkı hakimlerden beklendiği gibi karar ittihazına icbar etmek gayretinin eseri olan - jüriden özel bazı kararlar (muayyen vâkıa mes'eleleri hakkında evet veya hayır kararları) verilmesini talep ederek veya özel isticvapları gerekli kılarak jüriyi adeta sorguya çekmek teşebbüslerinin yapılmasına yol açmaktadır. Birçok kimseler Balzac'ın, «jüri hangi tarafın avukatının daha iyi olduğu veya hangi tarafın daha çok sempatiye müstahak bulunduğu hususunda karar vermek için seçilmiş 12 kişiden ibarettir» tarzındaki fikrine iştirak etmektedirler.

Bizim usul hukukumuzda jürinin tesiri o kadar kuvvetlidir ki, hatta jürisiz dâvalarda bile aynı delil kaideleri tatbik edilmekte ve jüri müessesesinin izlerini taşıyan birçok mantıksız muhakeme usulü çeşitleri mevcut bulunmaktadır. Jüri müessesesinin pek de tarafı olmayan müteveffa hâkim *Jerome Frank*, jürinin faaliyetine ve ilmine - irfanına şu adı takmıştı : *jüriprüdans* (juriesprudence, - jurisprudence ile kelime oyunu).

Doğduğu memleket olan İngiltere'de fiilen terkedilmiş olmakla beraber hukuk dâvaları jürisi müessesesinin benim memleketimde ortadan kalkacağına dair görünürde hiçbir alâmet yoktur. Ceza dâvaları jürisinin yanısıra hukuk dâvaları jürisi mevcut bulunduğu müddetçe Amerikan avukatları aktörlüğe istidatlarını ortaya koymak fırsatını bulacaklar ve Hollywood yazarları ile televizyon yazarları, mahkeme salonu sahneleri için ilham kaynaklarından mahrum kalmamış olacaklardır.

Fertlerin jüri üyesi olması veya dâva tarafı olan kimselerin kendileri gibi olan kimselerden kurulu böyle bir jürinin vâkıalar için vereceği karara tâbi olması belki iyidir, belki de değildir. Sosyal araştırma metodlarının tatbiki suretiyle çoktandır yapılmakta olan ve Chicago Jüri Projesi denen araştırma önümüzdeki birkaç yıl içinde, bu önemli müessese hakkında bize ilgi çekici birçok şeyler öğretecektir.

6. Kaideler, bizzat tarafların veya bunların vekillerinin şaşırtmaca isticvab yapmasına müsaade etmekte midir?

Amerikan tatbikatçıları, nazariyatçıları ve hâkimleri ittifak etmektedirler ki bir şâhidin ifadesinin isbat değerini ve güvenilebilirliğini kontrol etmek için başvurulmuş bu yol (yâni şaşırtmaca isticvab denen usul), insan zekâsının gerçeğe varılmasını temin için şimdiye kadar icad ettiği en üstün usulî vasıta. Tatbikatla uğraşan bir avukat sıfatıyla, şaşırtmaca isticvab usulü sayesinde ve hattâ sırf bu yola başvurulması imkânı sebebiyle mahkeme salonunda hakikate daha çok yaklaşmanın mümkün olabildiğini size temin ederim.

Muhakeme safhalarını ve isbat ameliyesini tesbit eden bir «kelimesi kelimesine» zabtın tutulması gibi, şaşırtmaca isticvab usulü de avukatın vâkıyalarla daha yakından ilgilenmesini sağlar. Bunun bütün isbat ameliyesini daha güvenilir hale getirdiği farzedilebilir. Hasmane bir şaşırtmaca isticvaba tâbi tutulan şahidin, hatırlayabildiklerini seçerken (yâni «ben şuna şahid oldum» derken) ihtiyatlı bulunması için sebep vardır; (zira) bir mübalâğa veya uydurma, onun hâkim, jüri ve dinleyiciler huzurunda alenen rezil olmasına yol açabilir.

Bilhassa şifahî delile dayanan bir sistemde, şaşırtıcı isticvab yapabilmek yetkisi esaslı bir unsur mahiyetinde olarak kendini göstermektedir.

SONUÇ

Amerikan usul hukuku konusunda yapılan herhangi bir inceleme, en mâruf olan şu vasıflar belirtilmezse oldukça eksikli kalır: usulü dairesinde muhakeme yapılmasına dair anayasada mevcut teminat ve stare decisis (emsal kararına uyma) prensibi. Usulü dairesinde muhakeme konusunda şu kadar söyleyelim: sistem, dâvalının kendi menfaatlerine dokunan bir dâvadan münasip veçhile haberdar edilmesini; yeri makûl surette tesbit edilmiş bir mahkeme salonunda dinlenmesi için ona müessir tarzda (yâni gerçekten işe yarar) bir fırsat verilmesini ve muhakemeyi tarafsız bir hâkimin yürütmesini dâvalının hakkı saymaktadır. Zannediyorum ki, bu değerler, bütün medenî cemiyetlerde bir dereceye kadar mevcut bulunmaktadır. Stare decisis (emsal kararına uyma) prensibine ge-

lince, hepinizin bu kavrama ünsiyetiniz vardır. Bunun tesiri (daha doğrusu, sonucu) usulî muamelelerin önemini arttırmaktır, çünkü bir kararın emsal kararı olmak kudreti o kararın verildiği dâvadaki usulî muamelelerin durumuna bağlıdır.

Zikredilmesi gereken son bir husus, usulî kaideleri tefsir ederken doğmatik tariflere dayanmak yerine pragmatik bir tefsir metodu takib etmek tarzında Amerikan usul hukuku nazariyatında görülen gelişmedir. Meselâ, dâva tarafının müteaddit iddialarını ne zaman birleştirebileceği veya dâvaya müdahalenin ne zaman caiz olduğu konusunda katı kaidelere istinad etmek yerine, modern ölçü problemin hallini şu سوالin cevabına bağlamaktadır : yapılmak istenen birleştirme veya müdahaleden yersiz bir karışıklık veya usulî adaletsizlik sonucu doğacak mıdır?

Bu konuşmayı, daha önce söylenenleri yeniden gözden geçirmek suretiyle uzatmak sabrınıza kötü bir karşılık vermek olacaktır. Bunun yerine müsaadenizle Amerikan usul hukukunda görülen birkaç temayül için istikbale ait tahminlerimi söyleyeyim :

1°. Bence, görülebilir olan istikbalde, mahkemelerin itibarlı mevkiinde veya dâvanın dinlenebilir olması unsurunun ısrarla aranmasında yahut mahkemelere müracaatın kolaylığında herhangi bir esaslı değişiklik olmayacaktır.

2°. Hakimler kendi mahkemelerinde işlerin mükemmel surette yürütülmesi konusunda gitgide daha titizleştiği müddetçe, usulî kaidelere riayet lüzumu üzerinde daha ziyade ısrar edilmesi tarzında bir gelişme muhtemeldir. Maamafih bu gelişmeden müteessir olacak olan, müvekkillerin hakları değil, ihmalkâr avukatlardır. Gittikçe yerleşen bir tatbikat şudur ki doğru usulî muamele yolundan ayrılan avukatlar, meselâ mahkemeye ödenecek para cezaları verilmesi suretiyle, tecziye edilmektedirler.

3°. İstinaf tetkikatının önemli bir mikyasa da ne genişlemesi ne de daralması muhtemeldir. Bence, hangi dâvaların istinafa arz edilebileceği konusunda katı kaideler yerine takdir ve basirete iltifat eden temayülün devam etmesi muhtemeldir.

4°. Hukuk dâvaları jürisi müessesesinin zeval bulacağını, zamanla yok olacağını sanmıyorum; fakat isbat hukukunda ve jürinin seçilmesini ve faaliyetini düzenleyen kaidelerin bazılarında reform yapmak üzere bazı ileri adımlar atılabilir.

5°. Şifahî delil önemini muhafaza ettiği müddetçe, şaşırtmaca isticvab usulü bâki kalacaktır.

Bu araştırma boyunca, amerikan usul hukukunun, onun içindeki bazı değerleri ortaya koymak için oldukça derinliğine incelemiş bulunuyoruz. Bu kolay bir iş değildir, çünkü derine inildikçe karanlık artar. Hal böyle olmakla beraber, biz, hatta bu karanlık içindeki el uzatışımız sonunda ekseriya kıymetli maden yerine değersiz taşlar bulacağımız mukadder olsa dahi, derindeki gerçekleri bulmak uğrunda araştırmamıza devam etmeliyiz.

Prof. Maurice ROSENBERG

Çeviren : Dr. Bülge UMAR
